This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Digitized by Google

A 7
Belogrits-Kotliarevskii, L.S.
Tvorcheskaia sila..

Bd. April 1934

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAR 1 4 1934

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ТВОРЧЕСКАЯ СИЛА

ОБЫЧАЯ

ВЪ УГОЛОВНОМЪ ПРАВѢ.

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА

Демидовскаго Юридическаго Лицея

Л. С. Бѣлогрицъ-Котляревскаго.

ЯРОСЛАВЛЬ.

Типо-литографія Г. Фалькъ, Духовская ул., соб. домъ.

1890.

Digitized by Google

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.
Директоръ *С. Шпилевскій.*

MAR 14
3/14/34

Digitized by Google

Творческая сила обычая въ уголовномъ правѣ.

I.

Образованіе обычнаго права вообще [1]).

Первоисточникъ права лежитъ въ природѣ человѣка, подчиненной извѣстнымъ, опредѣленнымъ законамъ. Въ первобытную эпоху, когда человѣкъ мало чѣмъ отличается отъ животнаго, когда онъ, какъ и это и послѣднее, въ своихъ дѣйствіяхъ руководится примитивными потребностями, подсказываемыми непосредственнымъ чувствомъ — инстинктомъ, право творится безсознательно; оно является въ формѣ однообразныхъ дѣйствій людей, направляемыхъ однимъ и тѣмъ же примитивнымъ чувствомъ — инстинктомъ, въ формѣ безсознательно сложившихся обыкновеній. Подъ вліяніемъ однороднаго чувства люди и поступаютъ одинаково; таковъ обычай мести, какъ права самозащиты, а также защиты членовъ семьи или рода, права, свойственнаго всѣмъ народамъ въ

---

[1]) *Литература.* Puchta, Das Gewonheitsrecht, 2 ч., 1828—1837; Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3 изд., 1840 г; первое изданіе въ 1814 г.; Его же, System des heutigen Römischen Rechts, 1840 г., 1-й томъ; Іерингъ, Борьба за право, перев. Волкова, 1874 г.; August Stürm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewonheit, 1877 г.; Его же, Recht und Rechtsquellen, 1883 г.; August Thon, Rechtsnorm und Subjectives Recht, 1878 г.; С. Муромцевъ, Образов. права по ученіямъ нѣмецкой юриспруденціи, изд. 2-е, 1886 г.; Его же, Творческая сила юриспруденціи, Юридич. Вѣстн., 1887 г., № 8; В. Сергѣевичъ, Лекціи и изслѣдованія по исторіи русскаго пр ва, 1883 г.; Н. Карѣевъ, Два взгляда на процессъ правообразованія, Юрид. Вѣстн., 1889 г., к. 3-я; П. Карасевичъ, Гражданск. обычное право Франціи, 1875 г.

Digitized by Google

первобытную эпоху ихъ жизни [1]). Съ теченіемъ времени, съ успѣхами культуры, дѣйствія первобытнаго человѣка, какъ и развивающагося ребенка, все болѣе и болѣе проникаются сознаніемъ, которое, постепенно очищаясь отъ опрачавшихъ его примитивныхъ инстинктовъ, раскрываетъ двери разсудку, который, какъ таковой, въ силу присущей ему пытливости, стремится возвыситься надъ стихійностью факта, стремится подмѣтить его причину, отыскать подходящее ему оправданіе. Вслѣдствіе этого, т. е. благодаря участію мысли, то, что есть, превращается въ то, что должно быть; стихійно необходимое—фактъ становится сознательно необходимымъ—правомъ. Нѣтъ сомнѣнія, что процессъ очищенія сознанія отъ угнетавшихъ его примитивныхъ инстинктовъ, процессъ, такъ сказать, освобожденія разсудка не у всѣхъ людей происходилъ съ равной энергіей; у однихъ онъ шелъ быстрѣе, у другихъ медленнѣе. Поэтому право, какъ сознательное установленіе, не могло быть прежде, какъ не можетъ быть и теперь, твореніемъ всѣхъ членовъ даннаго общественнаго союза, какъ то—рода, общины, племени, государства. Надо думать, что первыми творцами обычнаго права всегда бываютъ болѣе сильные умомъ и волей лица; они первыя вносятъ сознаніе, убѣжденіе въ свою дѣятельность и этой нравственной силой, этимъ психическимъ превосходствомъ подчиняютъ своему вліянію другихъ. Эти другія, какъ болѣе слабые умомъ и волей люди, легко увлекаются примѣромъ, образомъ дѣйствія первыхъ, и вотъ мало-по-малу личное убѣжденіе сихъ первыхъ, руководящее даннымъ образомъ дѣйствія, становится убѣжденіемъ многихъ и, распространяясь на все большій и большій кругъ людей, обезличивается, становится общимъ убѣжденіемъ рода, племени и часто даже цѣлаго народа. Такъ обра-

---

[1]) Кровная месть этой послѣдней эпохи была не простымъ только фактомъ, а правомъ, юридическимъ установленіемъ; это видно, между прочимъ, изъ того, что родственники потерпѣвшаго не только могли, но и должны были мстить: не отмстить за кровь убитаго родственника значило навлечь на себя презрѣніе чужихъ родовъ и замогильный гнѣвъ покойника.

Digitized by Google

зуются обычныя правила поведенія или образа дѣйствія въ извѣстныхъ однородныхъ случаяхъ, такъ называемыя нормы обычнаго права, принудительная сила которыхъ заключается, во 1-хъ, въ согласіи убѣжденія многихъ лицъ въ необходимости поступать именно такимъ образомъ, во 2-хъ, въ инертной силѣ повторенія, присущей человѣку. Не всѣ люди проникаются руководящимъ убѣжденіемъ, одни вслѣдствіе пассивности своего духа, не наклоннаго разсуждать, другіе—вслѣдствіе несогласія, возникающаго въ умѣ противорѣчія. Тѣмъ не менѣе, какъ первые, такъ и большинство вторыхъ слѣдуютъ руководящему убѣжденію, разъ оно пріобрѣло реальную силу, т. е. воплотилось въ цѣломъ рядѣ однообразныхъ дѣйствій разныхъ лицъ. Эта реальная сила юридическаго убѣжденія укрѣпляетъ послѣднее въ глазахъ другихъ и заставляетъ ихъ поступать такимъ же образомъ въ однородныхъ случаяхъ, при сходной обстановкѣ.

Изъ сказаннаго видно, что нормы обычнаго права возникаютъ первоначально изъ убѣжденія отдѣльныхъ лицъ, а не изъ народнаго духа, не изъ народнаго сознанія непосредственно, какъ учила историческая школа, возведшая народный духъ на степень какого-то самостоятельнаго объективнаго творческаго фактора, дѣйствующаго независимо отъ личнаго сознанія отдѣльныхъ лицъ. По ученію Савиньи и Пухты, первоисточникъ права есть самъ народъ или иначе естественное единство народнаго убѣжденія, которое дѣйствуетъ въ сознаніи отдѣльныхъ членовъ народа и въ ихъ поступкахъ, соотвѣтствующихъ этому убѣжденію. Правовыя убѣжденія, принадлежащія отдѣльнымъ индивидамъ, суть не ихъ исключительно личныя убѣжденія, а убѣжденія всего народа, часть котораго они составляютъ, ибо отдѣльная личность оказывается способною къ правовому убѣжденію не какъ таковая, а какъ членъ народа, а отсюда прямой выводъ тотъ, что источникъ этихъ убѣжденій лежитъ не въ единичномъ, а въ народномъ духѣ. Не было недостатка въ возраженіяхъ противъ этого ученія исторической школы, но изъ нихъ едвали не самое сильное то, ко-

Digitized by Google

торое утверждаетъ, что единства народнаго духа, единства народнаго убѣжденія никогда не было; извѣстно, что различныя племена одного и того же народа имѣли и имѣютъ свои особые обычаи, дающіе содержаніе мѣстному, партикулярному обычному праву. Если бы источникомъ обычнаго права былъ единый факторъ, дѣйствующій независимо отъ индивидуальнаго сознанія или убѣжденія, то этого разнообразія правовыхъ воззрѣній, этого разнообразія права быть не могло. Приведенное возраженіе намъ представляется наиболѣе сильнымъ еще и потому, что оно раскрываетъ внутреннюю слабость всего построенія исторической школы. И въ самомъ дѣлѣ, основа обычнаго права, по ученію Пухты, лежитъ въ общемъ убѣжденіи не только всего народа, но и его частей или особыхъ болѣе тѣсныхъ союзовъ, связанныхъ особенными культурными интересами. Въ этихъ болѣе тѣсныхъ соединеніяхъ могутъ возникать особыя юридическія убѣжденія, которыя и составляютъ мѣстное, партикулярное обычное право. Итакъ, источникомъ права, согласно ученію самаго Пухты, и. б. не только общее народное убѣжденіе, но и убѣжденія отдѣльныхъ общественныхъ союзовъ, таковыхъ какъ городъ, село, община, или, говоря иначе, источникомъ права и. б. не только общій народный духъ, но и особый духъ общественныхъ союзовъ; значитъ, никакого естественнаго единства народнаго духа нѣтъ, ибо если бы таковое было, то особаго духа общественныхъ союзовъ, какъ источника права, быть не могло. Эта внутренняя слабость ученія Пухты, его внутреннее противорѣчіе выступаетъ также и въ тѣхъ компромиссахъ съ своимъ основнымъ взглядомъ, въ которые онъ вшелъ далѣе въ разсужденіяхъ о роли законодателя и юристовъ въ образованіи права. Здѣсь онъ, хотя и непрямо, а съ оговорками допускаетъ уже творческое значеніе индивидуальнаго убѣжденія, находя, что какъ законодателю, такъ и юристамъ при извѣстныхъ условіяхъ принадлежитъ роль замѣстителей народа при образованіи права.

Теорія происхожденія обычнаго права путемъ повторенія изъ

Digitized by Google

индивидуальнаго убѣжденія, а не изъ общенароднаго сознанія, подтверждается и наблюденіемъ надъ процессомъ его разрушенія. Этотъ процессъ также идетъ отъ частной воли, а не отъ общей; никогда не бываетъ такъ, чтобы на мѣсто одного общаго убѣжденія, правосознанія непосредственно возникло другое, чтобы послѣднее сразу вытѣснило первое. Напротивъ, обыкновенно бываетъ такъ, что отдѣльныя лица, болѣе сильныя умомъ и волей, первыя возстаютъ противъ данной обычной нормы, признаваемой ими несостоятельной, и, поступая инымъ образомъ, нарушая ее, этой реальной силой своего новаго убѣжденія постепенно завоевываютъ ему довѣріе, которое, распространяясь все на большій и большій кругъ людей, подрываетъ господство прежней обычной нормы, которая съ теченіемъ времени теряетъ свое жизненное значеніе, уступая его другой нормѣ. Но само собою разумѣется, что новое правовое убѣжденіе, новое правовое положеніе только тогда вытѣснитъ прежнее, только тогда пріобрѣтаетъ общее жизненное господство, когда оно болѣе прежняго отвѣчаетъ данными жизненнымъ потребностямъ и интересамъ. Если же потребности и интересы остались тѣ же, не сдѣлались новыми, то новое убѣжденіе, какъ чуждое реальной подкладки, остается на степени частнаго убѣжденія, частнаго дѣйствія, не способнаго, при данныхъ условіяхъ, къ распространенію. Такимъ образомъ, согласіе, совпаденіе правоваго убѣжденія съ данными жизненными интересами и отношеніями есть необходимое условіе его господства, при чемъ, конечно, безразлично, идетъ ли рѣчь о возникновеніи новаго обычая или о сохраненіи силы прежняго.

Подтвержденіе защищаемой теоріи можно найти и въ слѣдующихъ соображеніяхъ. Извѣстно, что сходные обычаи встрѣчаются не только среди населенія, принадлежащаго къ одной и той же націи, но и среди населенія, принадлежащаго различнымъ націямъ. Очевидно, что такое сходство обычаевъ разныхъ народовъ не находитъ себѣ объясненія въ теоріи Пухты, согласно которой право есть чисто національный институтъ, непосредственное выра-

Digitized by Google

женіе духа данной націи; будучи вѣренъ самому себѣ, Пухта не признавалъ обычныхъ нормъ даже въ сферѣ международнаго права. Напротивъ, съ точки зрѣній нашей теоріи эта аналогія совершенно понятна. Дѣйствіе сознанія и воли у всѣхъ людей подчинено однимъ и тѣмъ-же закономъ; при сходныхъ условіяхъ обстановки и развитія люди думаютъ и поступаютъ аналогичнымъ образомъ; различіе замѣчается въ частностяхъ, но не въ общихъ чертахъ. Понятно поэтому, что у разныхъ народовъ на равныхъ ступеняхъ культуры бываютъ сходные обычаи, какъ вообще бываютъ сходные частные и общественные явленія и институты. Извѣстно также, что обычное право возникаетъ не только въ предѣлахъ большихъ массъ однороднаго населенія, но и среди малыхъ союзовъ людей, связанныхъ общими интересами; оно возникаетъ не только среди цѣлаго населенія областей, городовъ, селъ, но и среди каждой группы людей, связанныхъ общей профессіей, общей задачей. Нѣтъ сомнѣнія, что обычныя нормы среди такихъ группъ, среди такихъ ассоціацій создаются не непосредственнымъ выраженіемъ убѣжденія всѣхъ членовъ послѣднихъ, а творческою дѣятельностью убѣжденія отдѣльныхъ лицъ—вожаковъ. Убѣжденіе болѣе сильныхъ умомъ и волей людей данной профессіи, данной спеціальной ассоціаціи въ необходимости въ извѣстныхъ случаяхъ ихъ общей дѣятельности поступать такъ, а не иначе—путемъ повторенія дѣлается руководящей обычной нормой поведенія всѣхъ членовъ данной ассоціаціи.

Процессъ образованія обычнаго права одинъ и тотъ-же въ разныя эпохи общежитія, на разныхъ стадіяхъ культуры. Какъ въ первобытное время, такъ и на высокой степени культуры, когда важнѣйшимъ творцемъ права является государственная власть, издающая законы, обычное право возникаетъ сначала изъ индивидуальнаго убѣжденія, которое постепенно переходитъ въ общее. Конечно, съ утвержденіемъ правильно функціонирующей законодательной власти возникновеніе обычнаго права сильно ограничивается, съуживается, такъ-какъ законодатель стремится

Digitized by Google

урегулировать, опредѣлить по возможности всѣ правовыя отношенія. Тѣмъ не менѣе образованіе обычнаго права при самой успѣшной законодательной дѣятельности, какъ намъ кажется, несомнѣнно. Право не есть только продуктъ отвлеченной мысли; оно создается на почвѣ жизненныхъ потребностей, отношеній и интересовъ. Сіи же послѣдніе постоянно разнообразятся и мѣняются, ибо жизнь не стоитъ, а, подобно большой рѣкѣ, пребываетъ въ постоянномъ движеніи, и какъ эта послѣдняя постоянно мѣняетъ свои берега, такъ и жизнь мѣняетъ и разнообразитъ потребности, отношенія и интересы. Поэтому, какъ бы успѣшно ни функціонировала законодательная дѣятельность, она не въ состояніи поспѣть за всѣми теченіями жизни, не въ состояніи уловить всѣ ея перемѣны. Совершенно возможно и часто бываетъ, что установленная законодателемъ норма, отвѣчавшая даннымъ жизненнымъ интересамъ, въ скоромъ времени оказывается неумѣстной, несоотвѣтствующей новымъ измѣнившимся интересамъ. И вотъ пока законодатель установитъ болѣе цѣлесообразную норму, правовое убѣжденіе руководящихъ отдѣльныхъ лицъ само вырабатываетъ таковую, которая путемъ повторенія постепенно распространяется и вмѣсто закона дѣлается правиломъ поведенія въ данной сферѣ правовыхъ интересовъ. Законодатель, какъ бы онъ ни былъ чутокъ къ запросамъ жизни, не можетъ познать всѣ потребности ея одновременно съ отдѣльными гражданами; руководящіе члены общества обыкновенно раньше познаютъ перемѣны жизни, ея народившіяся потребности, и первые выражаютъ убѣжденіе, способное служить нормой поведенія въ видоизмѣненной сферѣ интересовъ. Законодателю большею частью приходится лишь закрѣплять уже возникшее правовое убѣжденіе, уже выраженное правоположеніе; конечно, это закрѣпленіе дѣлается сознательно, а не механически, т. е. законодатель, прежде чѣмъ закрѣпить возникшее правоубѣжденіе, продумываетъ, перерабатываетъ его, но эта переработка сводится болѣе къ частностямъ, къ техникѣ правоположенія, чѣмъ къ исходной мысли, къ общимъ чертамъ. Только въ немногихъ

Digitized by Google

случаяхъ законодатель является инициаторомъ, непосредственнымъ творцомъ объявляемыхъ имъ законоположеній. Сіи послѣднія, прежде провозглашенія ихъ законодателемъ, обыкновенно уже живутъ въ сознаніи руководящихъ членовъ общества, при чемъ большинство изъ нихъ такъ и остается на степени частныхъ убѣжденій, но нѣкоторая ихъ часть, благодаря болѣе широкому распространенію и повторенію, пріобрѣтаетъ и жизненную, фактически—принудительную силу.

Съ другой стороны, при всемъ совершенствѣ законодательной техники нѣтъ возможности обнять все разнообразіе жизненныхъ отношеній; законъ всегда объемлетъ лишь болѣе типическія отношенія, опуская менѣе типическія, которыя однако часто бываютъ запечатлѣны своими особенными чертами, не совпадающими съ законной нормой. Такъ-какъ примѣненіе сей послѣдней къ особеннымъ отношеніямъ было бы нецѣлесообразно, а между тѣмъ возникшія столкновенія требуютъ разрѣшенія, то правовая жизнь и прибѣгаетъ къ компромиссу. Рѣшитель правовыхъ столкновеній—судья, встрѣчаясь съ правоотношеніями, не объемлемыми законной нормой, путемъ принадлежащей ему интерпретаціи, видоизмѣняетъ послѣднюю такъ, чтобы она отвѣчала природѣ даннаго столкновенія. Это видоизмѣненіе есть большею частью развитіе данной законной нормы, но иногда оно равносильно и новому правообразованію. Судьи, какъ непосредственно стоящіе у самаго очага жизни проводники закона, ранѣе и глубже многихъ другихъ познаютъ особенности правоотношеній, не объемлемыхъ законной нормой. Въ тѣхъ случаяхъ, когда эти особенности вызываются жизненными перемѣнами, новыми укладами въ жизни, судья, какъ членъ общества, часто незамѣтно для самаго себя является проводникомъ новаго правоваго убѣжденія, установившагося въ сознаніи руководящихъ членовъ общества. Мы говоримъ—незамѣтно для самого себя—потому, что судьи, какъ и всѣ люди, подчинены общему закону развитія сознанія. Новое правоубѣжденіе, распространившееся въ умахъ руководящихъ членовъ общества,

Digitized by Google

уже этой своей моральной силой подчиняетъ себѣ волю судьи; если же къ этому присоединяется, что обыкновенно и бываетъ, реальная сила его примѣненія, жизненнаго повторенія, то совершенно понятно, такъ-сказать, инертное его воспріятіе судьей, проведеніе его въ судебныхъ рѣшеніяхъ путемъ компромисса съ законной нормой, достигаемаго толкованіемъ. Творческая дѣятельность судьи въ этихъ случаяхъ самая широкая: она не ограничивается только неважными модификаціями законной нормы или обреченіемъ ея на бездѣйствіе, она иногда приводитъ къ существенной реформѣ данныхъ нормъ, совпадающей лишь съ системой родственныхъ нормъ, съ общей волей ихъ творца. Невѣрно поэтому повторяемое Іерингомъ господствующее ученіе, что всѣ реформы права сводятся къ одному закону, такъ-какъ обычай можетъ только регулировать движеніе по существующимъ путямъ, помогать ему, но онъ не можетъ прорвать плотины, которая препятствуетъ потоку проложить новое направленіе. Напротивъ, не только въ сферѣ гражданскаго права, но и въ сферѣ уголовнаго права обычаю иногда принадлежитъ реформаторская роль. Господствующее ученіе, отрицающее преобразовательную силу обычая вообще, а судебнаго въ частности покоится въ сущности на софизмѣ. Какъ бы рѣзко ни расходилось судебное правоположеніе съ данной нормой закона, въ немъ всякій разъ видятъ лишь развитіе послѣдней, а не новое правообразованіе; но взглядъ совершенно измѣняется, если тоже правоположеніе будетъ объявлено закономъ; его признаютъ новой нормой. Справедливо говоритъ проф. Колеръ (Kohler), что нельзя сомнѣваться въ творческой силѣ юриспруденціи, когда она путемъ интерпретаціи превращаетъ законодательныя положенія и на мѣсто стараго права ставитъ новое, по возможности приспособляясь къ словамъ закона; это—дѣятельность разрушительная, но на могилѣ прошедшаго она побѣдоносно водружаетъ знамя новаго времени; въ преобразованіи стараго сказывается сила новаго. Исторія постоянно показываетъ намъ, продолжаетъ онъ, что юриспруденція безсознательно и постепенно усту-

Digitized by Google

пасть духу времени и подкапывается подъ устарѣвшее право, пока оно, наконецъ, не падаетъ совершенно; и въ судебной практикѣ духъ времени даетъ себя чувствовать безсознательно и противъ воли судьи; въ судебной практикѣ, которая сама по себѣ назначена дѣйствовать на почвѣ закона, совершается безсознательное отклоненіе права отъ этой почвы [1]).

Менѣе широка дѣятельность судьи тогда, когда особенныя правоотношенія просто не предъусмотрѣны законодателемъ; но несомнѣнно, что и здѣсь эта дѣятельность есть творческая, одна изъ формъ образованія права. Противоположное мнѣніе, отрицающее въ этомъ случаѣ творческій характеръ дѣятельности суда, должно по необходимости признать, что эта дѣятельность и здѣсь сводится къ одной логической операціи подведенія даннаго правоотношенія подъ законъ. Но можно ли такъ назвать дѣятельность судьи, принужденнаго видоизмѣнять норму путемъ расширенія или ограниченія ея прямаго смысла? Встрѣчаясь съ особеннымъ правоотношеніемъ, не совпадающимъ съ тѣмъ типомъ послѣднихъ, который имѣлъ въ виду законодатель, судья самъ входитъ въ его роль; онъ ставитъ себя на его мѣсто и старается предъугадать, какъ-бы самъ законодатель нормировалъ данное правоотношеніе. Признавъ, что сіе послѣднее объемлется исходною цѣлью законодателя, руководившею его при разрѣшеніи типическихъ случаевъ, предъусмотрѣнныхъ данной законной нормой, судья, въ силу этого обязанный его разрѣшить, очевидно самъ творитъ право, внося въ законную норму поправку, вызываемую особенной природой даннаго правоотношенія. Поправка здѣсь неизбѣжна потому, что нельзя же допустить, что законодатель, обыкновенно имѣющій въ виду типическія отношенія, можетъ создать норму, способную обнять и всѣ особенныя правоотношенія. Конечно, восполняющая дѣятельность судьи въ этихъ случаяхъ есть второстепенная, субсидіарная, но она есть творческая

---

[1]) Муромцевъ, Творческая сила юриспруденціи, стр. 117.

Digitized by Google

въ наше время, во время господства логическаго толкованія. Только въ періодъ господства грамматическаго, буквальнаго толкованія, когда судья не могъ выходить изъ предѣловъ буквальнаго смысла законной нормы, его дѣятельность большею частью лишена была творческаго значенія, только тогда она обыкновенно ограничивалась логической операціей подведенія данныхъ правоотношеній подъ заключенную въ законѣ норму. Лучшимъ доказательствомъ творческаго характера названной судебной дѣятельности служитъ то, что при изданіи новыхъ законовъ, новыхъ кодексовъ соотвѣтственныя судебныя рѣшенія сплошь и рядомъ дѣлаются основаніемъ реформы прежнихъ законныхъ нормъ, источникомъ новыхъ правоположеній. Совершенно правильно замѣчаетъ тотъ же проф. Колеръ, что законы даютъ только юридическіе принципы и что дальнѣйшее развитіе юридическихъ нормъ является уже не толкованіемъ, а новообразованіемъ и творчествомъ. Между принципами и тѣмъ, что юриспруденція создаетъ изъ нихъ, существуетъ отнюдь не логическое только отношеніе основанія и вывода; принципы, заключенные въ законахъ, суть органическо-динамическія силы, которыя, внесенныя въ человѣческія отношенія, могутъ дѣйствовать созидающимъ образомъ. Дѣло догматика погрузить принципъ въ полноту жизненныхъ отношеній и приблизить къ нему тѣ именно отношенія, въ которыхъ принципъ проявляетъ свои наиболѣе важныя образованія. Изъ двухъ положеній кодекса можетъ образоваться цѣлая наука; въ этомъ заключается творческая сила юриспруденціи, которая еще выражается и въ томъ, что тѣже положенія, внесенныя въ измѣнившіяся отношенія, дѣйствуютъ иначе [1]).

---

[1]) Тамъ-же, стр. 114—115. Вѣрно также замѣчаніе г. Муромцева, что законодательная функція, какъ показываетъ исторія, не м. б. отдѣлена вполнѣ отъ власти судебной вопреки всѣмъ направленнымъ къ тому мѣрамъ и что толкованіе закона всякій разъ, какъ юристу приходится навязывать жизни несоотвѣтствующія ей предписанія послѣдняго или же за неполнотою его прибѣгать къ своимъ собственнымъ средствамъ для формированія новой нормы, всегда содержитъ въ себѣ явное или скрытое преобразованіе его. Тамъ-же, стр. 112.

Digitized by Google

Итакъ, сводя наши мысли къ общимъ положеніямъ, мы можемъ сказать, что обычное право есть выраженіе индивидуальнаго убѣжденія, пріобрѣвшаго путемъ распространенія и повторенія принудительную силу. Образованіе обычнаго права неизбѣжно и при господствѣ законодательной дѣятельности; оно вызывается какъ перемѣнами въ жизненномъ укладѣ, такъ и несовершенствами самого закона, выражающаго лишь общія правоположенія, объемлющія типическіе правовые интересы. Возникая обыкновенно незамѣтно въ умахъ и дѣятельности частныхъ лицъ, обычное право по законамъ движенія мысли проникаетъ въ судебныя рѣшенія, въ которыхъ обрѣтаетъ, такъ сказать, свою оффиціальную силу, свою санкцію; съ другой стороны, и сами судьи, какъ руководящіе члены общества и рѣшители правовыхъ столкновеній, могутъ быть и непосредственными органами правообразованія.

II.

Образованіе и дѣйствіе уголовно-обычнаго права.

Эти общія положенія обычнаго правообразованія мы, конечно, распространяемъ и на уголовное право, ибо право, при всемъ разнообразіи его отраслей, едино и подлежитъ извѣстнымъ общимъ законамъ его развитія. Правда, существенныя особенности отдѣльныхъ отраслей права, въ томъ числѣ и уголовнаго, порождаютъ особенности и въ ихъ обычномъ правообразованіи, но сіи послѣднія носятъ частный характеръ, не измѣняющій общей природы правообразованія. Въ полномъ противорѣчіи съ нашимъ ученіемъ, повидимому, стоитъ извѣстное положеніе уголовнаго права—nullum crimen, nulla poena sine lege, а также и выводъ изъ него о недопустимости аналогіи въ судебныхъ рѣшеніяхъ. На самомъ дѣлѣ это противорѣчіе только кажущееся. Приведенному положенію, имѣющему своею цѣлью огражденіе гражданской свободы отъ произвола суда и вообще обезпеченіе право-

Digitized by Google

мѣрности въ его дѣятельности, нисколько не мѣшаетъ судебное правообразованіе въ интересахъ лучшаго достиженія послѣдней. Такое правообразованіе, какъ мы видѣли, есть прямое, необходимое слѣдствіе несовершенной природы закона, не способнаго ни уловить всѣ жизненныя перемѣны, ни обнять всѣ индивидуальные жизненные интересы. Аналогія есть не болѣе, какъ способъ восполненія судомъ названнаго несовершенства закона, какъ одинъ изъ пріемовъ его толкованія. Встрѣчаясь съ правовыми интересами, не совпадающими съ законной нормой или вслѣдствіе испытанныхъ ими превращеній или въ силу присущихъ имъ видовыхъ особенностей, не только гражданскій, но и уголовный судъ обязанъ ихъ разрѣшить, ибо законодатель общій, родовой, такъ-сказать, типъ этихъ интересовъ имѣлъ въ виду и дѣйствительно опредѣлилъ. Но разрѣшить эту задачу уголовный судья часто не можетъ иначе, какъ путемъ аналогіи, т. е. посредствомъ сопоставленія даннаго случая съ тѣмъ типомъ правовыхъ интересовъ, который законодатель предъусмотрѣлъ въ данной нормѣ или въ цѣлой системѣ родственныхъ нормъ. Это сопоставленіе, такимъ образомъ, предполагаетъ иногда отвлеченіе общихъ правовыхъ положеній изъ цѣлой системы нормъ, а такое отвлеченіе есть одинъ изъ весьма рельефныхъ способовъ того судебнаго толкованія, которое называется аналогіей, способовъ, допускаемыхъ какъ теоріей, такъ и судебной практикой. Аналогія только тогда, согласно принципу—nullum crimen sine lege, не м. б. допущена, когда предложенное суду дѣяніе представляется всецѣло новымъ, безусловно расходящимся со всѣми типами жизненныхъ интересовъ, предъусмотрѣнными законодателемъ, чуждымъ какихъ либо общихъ съ ними чертъ. Допущеніе аналогіи въ этомъ случаѣ дѣйствительно равносильно было бы раскрытію двери произволу судейскаго усмотрѣнія, небезопаснаго для интересовъ гражданской свободы, а слѣд. и правопорядка вообще. Во всѣхъ другихъ названныхъ намп случаяхъ аналогія есть неизбѣжный способъ логическаго толкованія, границы котораго особенно расширились за-

Digitized by Google

дачами новой кодефикаціи, стремящейся къ возможно широкому обобщенію однородныхъ жизненныхъ интересовъ, къ установленію самыхъ широкихъ нормъ, объемлющихъ наиболѣе обобщенные ихъ типы. Понятно, что вмѣстѣ съ тѣмъ расширилась и область нормированныхъ интересовъ, область запрещенныхъ дѣяній, ибо чѣмъ шире правовая норма, тѣмъ больший кругъ интересовъ она объемлетъ. Это расширеніе названной области тѣмъ больше, что, согласно природѣ современной кодефикаціи и логическаго толкованія, запрещенными слѣдуетъ признать и такія дѣйствія, которыя объемлются нормой, отвлеченной изъ системы родственныхъ нормъ. Такъ называемая юридическая конструкція, состоящая въ индуктивномъ отвлеченіи однихъ основныхъ положеній и въ сопоставленіи ихъ съ другими, неизбѣжно приводитъ къ установленію болѣе широкихъ нормъ, возвышающихся надъ отдѣльными частными правоположеніями. Это установленіе не равносильно извлеченію положенія изъ общаго духа кодекса, изъ его системы; отъ послѣдняго оно существенно отличается тѣмъ, что извлекаетъ изъ выраженныхъ уже нормъ и притомъ родственныхъ, т. е. такихъ, которыя представляютъ тѣсную внутреннюю связь. Подобное извлеченіе есть юридическая конструкція изъ данныхъ правоположеній, а не извлеченіе положенія изъ общаго духа кодекса; поэтому насколько послѣднее, какъ непосредственное творчество, неумѣстно въ судебной дѣятельности, на столько первое, какъ посредственное, совершенно резонно и необходимо. Необходимость такого рода аналогіи еще яснѣе выступаетъ въ случаяхъ противорѣчій въ законахъ и неполноты, которая можетъ возникнуть не только по недосмотру законодателя, но и умышленно, когда онъ отказывается дать требуемое правоположеніе, представляя установленіе его наукѣ и судебной практикѣ. Въ этомъ случаѣ, какъ справедливо думаютъ Биндингъ, Бернеръ, Шютце, Листъ, Колеръ, Муромцевъ, Коркуновъ и друг., судебная практика не только раскрываетъ, но и творитъ право, создаетъ новую норму [1]).

[1]) Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885 г., §§ 40 и 44; Berner,

Digitized by Google

Это творчество и здѣсь не есть непосредственное; оно исходитъ изъ системы данныхъ родственныхъ правоположеній, тѣмъ не менѣе такая посредственная дѣятельность есть несомнѣнно творческая, ибо она совершенно равносильна той дѣятельности законодателя, которая была необходима для построенія требуемой нормы.

Случаевъ, о которыхъ идетъ рѣчь, довольно много въ каждомъ уголовномъ кодексѣ; такъ напр., какъ въ нашемъ улож., такъ и въ Общегерманскомъ нѣтъ положенія о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ; это положеніе должна была выработать вмѣстѣ съ доктриной судебная практика. Далѣе, ни въ одномъ кодексѣ мы не находимъ положенія о дѣйствіи закона внѣ государственной территоріи; въ Общегерманскомъ и Бельгійскомъ уложеніи нѣтъ отвѣта на вопросъ объ отвѣтственности за содѣйствіе самоубійству, когда это содѣйствіе было активное, т. е. выразилось въ подстрекательствѣ, въ укрѣпленіи намѣренія, въ доставкѣ необходимыхъ орудій и т. п.; въ Общегерманскомъ, Венгерскомъ, Голандскомъ и Французскомъ кодексахъ нѣтъ юридической конструкціи такъ называемыхъ случаевъ—error in objecto и abberatio ictus, въ большинствѣ кодексовъ нѣтъ конструкціи покушенія вообще, ибо опредѣленіе послѣдняго, какъ начало исполненія, почти безсодержательно, нѣтъ положенія объ отвѣтственности подстрекателя при эксцессахъ подстрекнутаго, нѣтъ положенія о значеніи согласія пострадавшаго при посягательствахъ на свободу и цѣлость тѣла, нѣтъ положенія о причинной связи, устанавливающей отвѣтственность за результатъ, нѣтъ опредѣленія состава обиды вообще и видовъ ея въ частности, нѣтъ также опредѣленія состава самоуправства вообще и какъ вида его—нарушенія домашняго права въ частности и т. д. Во всѣхъ такихъ и подобныхъ случаяхъ судъ вмѣстѣ съ наукой права создаетъ многочисленный рядъ самостоятельныхъ нормъ, которыми регулируются жизненные интересы; самостоятельность этихъ

Lehrbuch des deütschen Strafrechts, 1882 г., 80; Schütze, Lehrbüch, 2 aufl, стр 7; Liszt, Lehrbüch, 1882 г., стр. 82; Муромцевъ, Творческая сила юриспруденціи, 112 Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, 1890 г., стр. 274 и 284.

Digitized by Google

норм сказывается какъ при мирномъ теченіи жизни, такъ и въ случаяхъ столкновеній; какъ здѣсь, такъ и тамъ правомѣрный ходъ жизни устанавливается главнымъ образомъ соображеніемъ не сълегальной нормой, которой нѣтъ, а съ положеніемъ, выработаннымъ правовѣдами, какъ руководящими выразителями правоваго сознанія, и закрѣпленнымъ санкціей судебнаго признанія, авторитетомъ судебнаго права. И въ самомъ дѣлѣ, обращаясь къ нашему праву, кому изъ насъ русскихъ, сколько нибудь знакомыхъ съ жизнью, неизвѣстно, что напр. въ сферѣ интересовъ, рождающей обиды и самоуправства, наше общество сообразуется преимущественно съ тѣми нормами, которыя проникли въ судебную практику и освящены авторитетомъ Кассаціоннаго Сената? Какъ частный гражданинъ, такъ и судья при оцѣнкѣ жизненныхъ интересовъ этаго рода обыкновенно ссылается не на законъ, а на кассаціонныя рѣшенія, какъ на такія, которыя отвѣчаютъ тамъ, гдѣ законъ молчитъ.

Въ примѣрахъ неполноты закона, нами сейчасъ указанныхъ, творцами права главнымъ образомъ являются правовѣды и судьи, какъ спеціалисты права, вооруженные искусствомъ той юридической конструкціи, при помощи которой обыкновенно восполняются данные пробѣлы закона. Но есть и такая сфера правоотношеній, гдѣ непосредственное творчество, при неполнотѣ закона, исходитъ большею частію не отъ спеціалистовъ права, а отъ частныхъ лицъ, близко знакомыхъ съ складомъ данныхъ конкретныхъ интересовъ; спеціалисты, техники права здѣсь являются попреимуществу въ роли проводниковъ уже сложившихся правовоззрѣній; такъ, по крайней мѣрѣ, было до сихъ поръ. Мы разумѣемъ область полевыхъ нарушеній, т. е. уголовно-запрещенныхъ посягательствъ на естественные продукты полей, лѣсовъ, садовъ и огородовъ. Посягательства этого рода во многомъ носятъ мѣстный характеръ, обусловливаемый естественными и историческими особенностями данныхъ интересовъ, вызывающими и особенный складъ правовоззрѣній. Знанія этого склада и ближай-

Digitized by Google

шаго пониманія природы мѣстныхъ интересовъ, понятно, скорѣе слѣдуетъ ожидать отъ мѣстныхъ жителей, а не отъ спеціалистовъ права; послѣдніе только тогда могутъ быть знатоками всего этого, когда они сами не только живутъ въ данной мѣстности, но и непосредственно стоятъ у источника, такъ сказать, данныхъ спеціальныхъ интересовъ. Но такъ-какъ такое положеніе встрѣчается довольно рѣдко, то спеціалистамъ права вообще и судьямъ въ частности большею частью приходится быть лишь проводниками правовоззрѣній, выработанныхъ другими, при чемъ безразлично, идетъ ли рѣчь о намѣренной неполнотѣ закона или о ненамѣренной, происшедшей по недосмотру законодателя. Въ обоихъ случаяхъ творческая дѣятельность какъ ученаго юриста, такъ и судьи—практика представляется сравнительно ограниченной, ибо пробѣлы закона здѣсь, вообще говоря, пополняются не путемъ юридической конструкціи изъ данныхъ законоположеній, а чрезъ ближайшее изученіе склада мѣстныхъ правовоззрѣній, обусловливаемаго мѣстными особенностями правоотношеній.

Сила этихъ правовоззрѣній такъ велика, что, съ одной стороны, недостаточное изученіе ихъ законодателемъ приводитъ его положенія къ несообразностямъ, а съ другой—иногда мѣстные судьи подъ давленіемъ названныхъ правовоззрѣній проводятъ положенія, прямо противоположныя и общему духу соотвѣтственныхъ законоположеній и руководящимъ рѣшеніямъ высшаго суда. Справедливость приведенныхъ мыслей можно провѣрить какъ на французскомъ правѣ, такъ и на нашемъ. Ближайшее изученіе практическаго дѣйствія Code rural раскрываетъ чрезвычайно интересные мѣстные обычаи, дѣйствующіе рядомъ съ легальными уголовными нормами [1]). Такъ, арт. 471, № 10 и арт. 473 Code

[1]) *Источники.* August Bourguignat, Traité complet de droit rural, 1852 г.; Groos, Code rural, 1888 г., 1—2 т.; Limon, Usages et réglements locaux du département du Finistère, 1852 г.; Berode, Répertoire des usages, coutumes etc. en vigueur dans les départements du Nord et du Pas-de-Calais, 1 и 2 т., 1865 г.; Baudrin, Recueil des usages locaux dans l'arrondissement d'Avesnes, 1838 г.;

Digitized by Google

pénal запрещаютъ подъ угрозою штрафа или ареста такъ наз. glanage, râtelage и grappillage, т. е. подбираніе колосьевъ, сгребаніе сѣна и срываніе винограда съ полей, съ коихъ не вполнѣ еще сняты или собраны жатвы или же ранѣе восхода или послѣ заката солнца. Это запрещеніе находится въ связи съ старымъ обычаемъ, предоставлявшимъ нищимъ и немощнымъ людямъ данной мѣстности право сбора въ открытыхъ поляхъ хлѣбныхъ колосьевъ, сѣна и винограда, оставшихся послѣ уборки хозяиномъ поля своего урожая. Сохраняя въ силѣ этотъ гуманный обычай, кодексъ вноситъ въ сферу его дѣйствія необходимыя ограниченія въ видахъ обезпеченія правъ самаго хозяина поля. Имѣя, однако, здѣсь дѣло съ правоотношеніями мѣстнаго характера, не чуждыми областныхъ особенностей, законодатель отказывается отъ ближайшаго разграниченія сталкивающихся правъ хозяина поля и бѣдныхъ, предоставляя эту задачу самой правовой жизни, т. е. соотношенію судебной дѣятельности съ обычными правовозрѣніями. Дѣятельность суда въ этомъ случаѣ значительно облегчается наличностью прежнихъ законоположеній по данному вопросу, особенно полевымъ закономъ 18 Сентября 1791 г., нормирующимъ наиболѣе важныя отношенія въ духѣ обычнаго права, но только облегчается, а не исчерпывается, такъ-какъ остается открытымъ цѣлый рядъ правоотношеній, вовсе не разрѣшаемыхъ прежними законами. Таковы, напр., вопросы: 1) можетъ ли быть субъектомъ правонарушенія 471 ст. кодекса самъ хозяинъ поля, если онъ послѣ уборки урожая станетъ подбирать его остатокъ или же пошлетъ съ этою

Quernest, Usages locaux du département d'Ille-et-Vilaine, 1870 г.; Usages locaux du département de la Seine—Inférieure, 884 г.; Clausade, Usages locaux du département du Tarn, 1843 г.; Recueil des usages locaux du département d'Indre et Loire, 1888 г.; Frédéric le Roy, Usages locaux du canton de Calais, 1880 г.; Vilade, les coutumes de Normandie, 1885 г.; Fons, Usages locaux du département de la Haute-Garonne, 1878 г.; Kersanté, Législation rural, 1877 г.; Casati, Observations pratiques sur l'application des différents articles du Code pénal, 1875 г.; Blanche, Études pratiquessur le Code pénal, 1868 г., т. IV—VII; Hélie, Théorie du Code pénal, 1863, т. III—VI.

Digitized by Google

цѣлью скотъ? 2) Дозволяется ли сборъ остатковъ урожая во всякомъ открытомъ полѣ или только на такомъ, которое образуетъ отдѣльный участокъ, не составляющій съ смежными полями одной дачи, одной мызы? 3) Всякіе ли способы сбора остатковъ урожая дозволены или же нѣкоторые, какъ напр. съ помощью граблей, запрещены? 4) Исчерпываются ли объекты правонарушенія 471 ст. только хлѣбными злаками, травой и виноградомъ, предметами, тамъ названными, или же сюда слѣдуетъ причислить и другія произведенія открытыхъ полей, какъ напр. оливки, орѣхи, яблоки? 5) Полевой законъ 1791 г., въ интересахъ обезпеченія названнаго права бѣдныхъ, запрещаетъ пастухамъ пускать скотъ на открытыя убранныя поля раньше истеченія двухъ дней послѣ уборки. Возникаютъ вопросы: распространяется ли это запрещеніе и на хозяина полей или нѣтъ и затѣмъ обязателенъ ли этотъ срокъ безусловно для всѣхъ мѣстностей или же онъ теряетъ свою силу для тѣхъ, въ которыхъ обычаемъ принятъ иной срокъ, какъ напр. сутки въ однихъ мѣстахъ [1]), 3 сутокъ въ другихъ [2])? Разрѣшеніе всѣхъ этихъ вопросовъ, не достигаемое историческимъ толкованіемъ, не возможно и съ помощью логическаго, ибо никакія умозаключенія изъ существующихъ законоположеній отвѣта на эти вопросы не даютъ. Его даютъ только мѣстныя обычныя правовоззрѣнія, которыя собственно говоря чаще всего и проводятся судомъ въ его рѣшеніяхъ, нерѣдко незамѣтно для его самаго. И въ самомъ дѣлѣ, откуда болѣе, какъ не изъ обычнаго права, вытекаютъ рѣшенія Кассаціоннаго Суда, напр. тѣ, которыя признаютъ, во 1-хъ, что сборъ остатковъ урожая съ открытаго поля, образующаго съ другими полями одну дачу, одну мызу, дозволяется не прежде, чѣмъ будетъ убранъ весь урожай со всѣхъ полей, такъ-что уборки его съ одного поля недоста-

---

[1]) Code des usages locaux du département de la Seine—Inférieure, стр. 98, арт. 203, также стр. 123; Rerode, Répertoire, 660.

[2]) Berode, ibid, 659.

Digitized by Google

точно для исключенія наказанія по 471 арт., во 2-хъ, что къ числу плодовъ открытыхъ полей, о которыхъ говоритъ названный арт., относятся также яблоки [1]) и другіе плоды, какъ напр. оливки и орѣхи [2]). Въ этихъ рѣшеніяхъ Кассаціонный Судъ не дѣлаетъ ссылки на мѣстные обычаи, но въ другихъ онъ прямо на нихъ ссылается и подтверждаетъ ихъ силу; такъ, напр. по вопросу о средствахъ или орудіяхъ сбора остатковъ урожая Кассац. Судъ прямо призналъ, что древніе обычаи, запрещавшіе употребленіе желѣзныхъ граблей, должны быть признаны обязательными [3]). Отказъ же отъ ссылки на обычное право въ разбираемыхъ случаяхъ равносиленъ иногда для Кассаціоннаго Суда необходимости давать закону искуственное, натянутое толкованіе; такъ, разрѣшая вопросъ о коллизіи правъ хозяина поля съ правомъ бѣдныхъ, Кассац. Судъ, стремясь, согласно обычаю, обезпечить это послѣднее право, мотивируетъ свое рѣшеніе тѣмъ, что хотя въ арт. 22 тит. II закона 28 Сентября 1791 г. и не говорится объ ограниченіи правъ собственника пускать свой скотъ на убранныя поля, но это ограниченіе слѣдуетъ изъ того, что вторая часть 22 арт., предъусматривающая впускъ скота въ огражденное поле, прямо называя чужой скотъ (bestiaux d' autrui), тѣмъ самымъ очевидно доказываетъ, что первая часть предполагаетъ и скотъ собственника поля [4]). Этотъ мотивъ совершенно искуственный, ибо право сбора остатковъ урожая ограничивается лишь открытыми полями; на огражденныя же поля это право не распространяется и самый сборъ можетъ имѣть мѣсто лишь какъ милость хозяина, почему законъ и говоритъ о чужомъ скотѣ, при чемъ для противоположенія съ текстомъ первой части 22 арт. нѣтъ никакого грамматическаго основанія; Касс. Судъ здѣсь просто подгоняетъ букву подъ предвзятую мысль, а не выводитъ послѣднюю изъ первой.

---

[1]) Blanche, Études pratiques, т. 7-й, № 161.
[2]) Blanche, ibid, № 149.
[3]) Hélie, Théorie, VI, 326—327.
[4]) Hélie, Théorie, VI, 324—325.

Digitized by Google

Къ сожалѣнію, названная предвзятая мысль не проводится послѣдовательно Кассаціоннымъ Судомъ; необходимость обезпеченія права бѣдныхъ само собою предполагаетъ запрещеніе хозяйну поля сбора остатковъ урожая не только посредствомъ скота, но и посредствомъ людей, т. е. руками или граблями; иначе хозяева, тщательно убирая урожай полей, могутъ совершенно уничтожить право бѣдныхъ, низвести его къ нулю. Старое обычное право, кажется, дѣйствительно ограничивало хозяевъ полей и въ этомъ отношеніи, запрещая имъ послѣ уборки сноповъ или укладки въ скирды собирать оставшіеся колосья или траву; это запрещеніе сохраняется и теперь въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ [1]), но въ другихъ оно исчезло, такъ-что хозяинъ поля можетъ собрать, сгрести весь урожай до послѣдняго колоска [2]). Это разнорѣчіе въ обычаяхъ, вѣроятно, и заставило Кассац. Судъ отказаться обезпечить право бѣдныхъ запрещеніемъ хозяину гланажа и посредствомъ людей, но этотъ отказъ не можетъ быть одобренъ, какъ истекающій только изъ недостаточнаго знакомства съ обычнымъ правомъ. По смыслу послѣдняго, собственникъ поля лишается права лишь на ту ничтожную часть урожая, которая останется послѣ увоза сноповъ или укладки ихъ въ скирды. Очевидно, что такая часть безъ существеннаго ущерба хозяину поля могла быть обезпечена за бѣдными въ полномъ объемѣ, т. е. и противъ сего послѣдняго; для этого Кассац. Суду необходимо было лишь точно опредѣлить моментъ, съ котораго возникаетъ право гланажа для бѣдныхъ и нищихъ, что и не трудно было сдѣлать при ближайшемъ изученіи обычаевъ. Указаніемъ этого момента достигались бы двѣ выгоды: во первыхъ, обезпеченіе права гланажа для бѣдныхъ, во вторыхъ, опредѣленіе границъ наказуемаго дѣянія, которыя безъ этого представляются неясными. И въ самомъ дѣлѣ, согласно толкованію Кассац. Суда и криминалистовъ, съ одной

[1]) Code des usages locaux du département de la Seine—Inférieure, стр. 97 и 123; Berode, ibid, 660.

[2]) Limon, Usages et réglements locaux, 94—95.

Digitized by Google

стороны, гланажъ запрещается всѣмъ, въ томъ числѣ и хозяину поля, какъ только онъ открывается для бѣдныхъ, а съ другой — хозяинъ поля до открытія гланажа можетъ собрать весь урожай до послѣдняго колоса, до послѣдней травки [1]). Неизвѣстно, такимъ образомъ, запрещенъ ли гланажъ для хозяина поля или незапрещенъ, ибо моментъ и условія открытія такового для бѣдныхъ не выяснены; опредѣленіе же названнаго момента словами: „послѣ полной уборки урожая", повторяемое Кассац. Судомъ вслѣдъ за упомянутымъ закономъ 1791 г., очевидно, негодно, такъ-какъ подъ полной уборкой можно разумѣть и совершенное очищеніе поля отъ остатковъ урожая.

Подобное же взаимодѣйствіе обычая и закона замѣчается и при практическомъ примѣненіи арт. 475, № 1, грозящаго штрафомъ тѣмъ, которые нарушатъ постановленія касательно времени сбора винограда (bans des vendanges) или иные подобныя правомѣрныя постановленія. Смыслъ этого артикула объясняется сопоставленіемъ его съ закономъ 1791 г. (тит. 1-й, секція 5, арт. 1-й), который, провозглашая принципъ свободы частной собственности, въ тоже время дѣлаетъ исключеніе для обычая, запрещавшаго собираніе винограда въ открытыхъ виноградникахъ ранѣе опредѣленнаго времени. Цѣль этого обычая двойная: 1) не допускать сбора незрѣлаго винограда, 2) предъупредить вредъ, который могли бы смѣжнымъ виноградникамъ причинить тѣ, которые преждевременно приступили бы къ сбору винограда въ своемъ участкѣ. Дѣйствующій кадексъ, признавая цѣлесообразность этого обычая, подтверждаетъ его въ тѣхъ общинахъ, гдѣ онъ существуетъ. Но подтверждая мѣстные обычаи, законодатель тѣмъ самымъ имплиситно раскрываетъ двери дѣйствію послѣднихъ рядомъ съ закономъ, признавая, такимъ образомъ, юридическую силу и за ними. И дѣйствительно, неопредѣленность текста разбираемаго артикула въ связи съ прямымъ смысломъ его источника — закона

[1]) Blanche, Études, VII, 231—232, 236; Hélie, Théorie, VI, 323—324.

Digitized by Google

1791 г. сами собой выдвигаютъ на сцену обычное право. Особенно замѣтно его дѣйствіе въ томъ, что согласно буквѣ 475 арт. и рѣшеніямъ Кассац. Суда составъ нарушенія, предъусматриваемаго этимъ артикуломъ, на лицо не только тогда, когда bans des vendanges опубликованы подлежащей мѣстною властью, но и тогда, когда такой публикаціи не было, а просто существуетъ соотвѣтственный обычай, соблюдаемый каждый годъ. Такимъ образомъ, достаточно наличности обычая, ограничивающаго право собственника виноградниковъ, чтобы нарушеніе этого обычая составляло наказуемое дѣяніе. Нельзя допустить, замѣчаетъ Hélie, чтобы забвеніе или небрежность муниципальной власти могли повредить всему урожаю общины [1]). Затѣмъ, согласно рѣшеніямъ того же суда, для обязательности bans des vendanges не требуется непремѣнно публикаціи ихъ въ легальной формѣ, послѣдніе должны быть признаны обязательными и тогда, когда они опубликованы въ мѣстной обычной формѣ [2]). Согласно тѣмъ же рѣшеніямъ, вопреки закону 1791 г., подлежитъ наказанію по силѣ 475 арт. не только нарушеніе bans des vendanges, но и другихъ bans, коль скоро послѣдніе освящены обычаемъ и опубликованы мѣстною властью, какъ наприм. ограниченіе касательно времени сѣнокоса (bans de fauchaison), ограниченія касательно времени чистки деревьевъ (bans de la ramée) [3]). Наконецъ, по смыслу разбираемаго артикула и по толкованію Кассац. Суда, дѣйствіе этого артикула ограничивается, вообще, лишь тѣми мѣстностями, гдѣ bans установлены обычаемъ, при чемъ различіе сроковъ, назначаемыхъ послѣднимъ для созрѣванія урожая, не рѣдко замѣчаемое не только по кантонамъ, но и по общинамъ одного и того-же кантона, сохраняетъ полную свою силу [4]).

---

[1]) Hélie, Théorie, VI, 367; Blanche, VII, 360—361.

[2]) Hélie, ib; Blanche, ib.

[3]) Blanche, ib, 374—376; Recueil des usages locaux du département d'Indre et-Loire, 67.

[4]) Hélie, Théorie, VI, 367; Blanche, Études pratiques, VII, 361; тотъ-же сборникъ обычаевъ, 67; ср. стр. 11.

Digitized by Google

Кромѣ приведённыхъ деликтовъ, можно указать во французскомъ кодексѣ еще цѣлый рядъ полевыхъ проступковъ, въ которыхъ обращеніе судьи къ обычному праву неизбѣжно; таковы, напр., полевыя кражи (арт. 388 и 477, № 15), поврежденіе и истребленіе произрастеній или деревьевъ (арт. 444—450), поврежденіе и разрушеніе оградъ и границъ (арт. 456 и 389), повреждение дорогъ или полей посредствомъ недозволенныхъ водоспусковъ (арт. 457), нарушеніе безопасности движенія загражденіемъ дорогъ или неосвѣщеніемъ мѣста производства работъ (арт. 471, п. 4 и 479, п. 4), разные случаи потравы произрастеній и плодовъ на поляхъ и плантаціяхъ (арт. 417, № 13, 14 и 15, арт. 475, № 9 и 10, арт. 479, № 10), похищеніе дерна, земли или камней съ публичныхъ дорогъ и съ общественныхъ земель (арт. 479, № 12) и т. д. Еще шире, разумѣется, дѣйствіе обычнаго права при полевыхъ проступкахъ, нормируемыхъ специальными уставами, какъ напр. Лѣснымъ 1827 г. Обращеніе судьи къ обычному праву при названныхъ деликтахъ тѣмъ болѣе неизбѣжно, что многія гражданскія правоотношенія, то или другое разрѣшеніе которыхъ опредѣляетъ самый составъ этихъ деликтовъ и ихъ границы, т. е. предѣлы караемыхъ дѣйствій, предоставляются гражданскимъ уложеніемъ дѣйствію мѣстныхъ обычаевъ. Таковы разнаго рода сервитуты — лѣсные, водяные, дорожные, полевые [1]) и другіе (Code civil, арт. 590, 591, 592, 645, 652, 663, 671, 674), а также договоры (Code civil, арт. 1135, 1159, 1160, 1648, 1754, 1777). Указанная зависимость состава деликтовъ и ихъ границы отъ даннаго разрѣшенія природы гражданскихъ правоотношеній объясняется тѣмъ, что многія нормы уголовнаго права представляютъ ничто иное, какъ высшую санкцію тѣхъ отношеній, юридическая природа которыхъ опредѣляется другими отраслями права и въ частности — правомъ гражданскимъ.

1) Изъ сихъ послѣднихъ для нашей цѣли особенно важны — право пастбища и выгона (vaine—pâture et parcours), о которыхъ мы, однако, умолчимъ по соображеніямъ объема работы.

Digitized by Google

Если эта природа опредѣляется закономъ, уголовный судъ для ближайшаго опредѣленія состава наказуемаго правонарушенія и его предѣловъ обращается къ закону; напротивъ, если опредѣленіе этой природы предоставлено обычному праву, то само собою разумѣется, судъ долженъ обратиться къ сему послѣднему. И такъ-какъ во французскомъ гражданскомъ правѣ объемъ правоотношеній, предоставляемыхъ дѣйствію обычнаго права, особенно имущественныхъ, долженъ быть признанъ довольно значительнымъ [1]), то несомнѣнно, что значительна также роль обычая и въ сферѣ уголовнаго права. Это послѣднее заключеніе напрасно опускаютъ изъ виду французскіе криминалисты, въ своихъ учебникахъ совершенно отрицающіе положительную роль обычая во французскомъ уголовномъ правѣ.

До сихъ поръ шла рѣчь объ обычаяхъ, дѣйствующихъ рядомъ и согласно съ уголовнымъ закономъ; но можно указать во французскомъ правѣ и такіе обычаи, которые дѣйствуютъ вопреки уголовному закону и при томъ наралельно съ нимъ, а не какъ desuetudo. Согласно дѣйствующимъ законамъ (зак. 28 Сентября 1791 г., tit II, Code civil, арт. 1385 и Code pénal, арт. 471, § 14, 475, §§ 3, 4, 7, 10, 479, § 2), потравы чужихъ полей составляютъ не только гражданское, но и уголовное правонарушеніе. Сюда относятся и тѣ случаи, когда потрава производится животными, оставленными безъ присмотра на пастбищахъ (laissés à l'abandon dans le herbage) [2]); въ такомъ именно смыслѣ разрѣшаетъ данный вопросъ и практика Кассаціоннаго Суда [3]). Однако, обычное право Нормандіи съ этимъ положеніемъ расходится, оно признаетъ, что если пастбище огорожено, то излишне приставлять пастуховъ къ скоту, ибо въ этомъ случаѣ ограда достаточно защищаетъ сосѣднія поля отъ потравы. Поэтому, пущенный

---

[1]) Le Roy, Usages locaux, см. предъисловіе и указаніе артикуловъ Code civil и Code de commerce, отсылающихъ къ обычному праву; см. также Карасевичъ, ib., 487.

[2]) Blanche, ibid, VII, № 489; Hélie, ibid, VI, № 2581.

[3]) Vilade, Les coutumes de Normandie, 204—205.

Digitized by Google

безъ пастуха на такія пастбища скотъ не можетъ быть названъ, вслѣдъ за арт. 12 тит. II закон. 1791 г., laissé a l'abandon, а слѣд. если такой скотъ, повредивъ ограду, вторгнется въ чужія поля и тамъ причинитъ потраву, то предлежитъ исключительно гражданское правонарушеніе. Этотъ взглядъ обычнаго права проникъ и въ мѣстные суды, которые нерѣдко постановляютъ рѣшенія, согласныя съ обычнымъ правомъ, а слѣдовательно противныя закону, при чемъ ихъ рѣшенія находятъ энергическую поддержку въ анатокахъ мѣстнаго права [1]). Сюда же, т. е. къ уголовнымъ нарушеніямъ, относятся и тѣ случаи, когда потрава производится людьми, лишенными права пользованія или прохода (Code pénal, арт. 471, № 13; арт. 475, № 9). Однако, по мѣстнымъ обычаямъ потрава теряетъ уголовный характеръ, когда причиняется хозяиномъ отроившагося улья, преслѣдующимъ его на чужихъ поляхъ [2]). Эти обычаи, правда, подтверждены полевымъ закономъ 18 Сентября 1791 г. (tit I, секц. 3, арт. 5), признающимъ за хозяиномъ роя право входа въ чужія поля, даже огражденныя, для его захвата безъ предварительнаго разрѣшенія мироваго судьи [3]), но это положеніе закона 1791 г., какъ и многія другія, строго говоря, слѣдуетъ считать отмѣненнымъ гражданскимъ уложеніемъ, общему направленію котораго оно противорѣчитъ [4]). Послѣднее, стремясь охранить неприкосновенность частной собственности, точно указываетъ ограниченія послѣдней, при чемъ объ ограниченіи, о которомъ идетъ рѣчь, совершенно умалчиваетъ. Это умолчаніе нельзя толковать въ смыслѣ положительномъ и если названное ограниченіе сохраняется и въ исправленныхъ редакціяхъ закона 1791 г., то это обстоятельство можно объяснить лишь вліяніемъ мѣстнаго обычнаго права, которому вслѣдъ за судьями,

---

[1]) Cm. Vilade, ibid, стр. 197—206.

[2]) Bourguignat, Drois rural, 401—402; Berodo, ibid, 655—658; Groos, Code rural, т. 1-й, стр. 229; Kersanté, Législation rural, 107.

[3]) Bourguignat, ib, 401.

[4]) Kersanté, ib.

Digitized by Google

быть можетъ, незамѣтно для самихъ себя подчиняются и редакторы законовъ.

Подобныя же формы коллизіи обычая съ уголовнымъ закономъ во французскомъ правѣ замѣчаются въ области не только полевыхъ нарушеній, но и другихъ. Приведемъ примѣры. Въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ до сихъ поръ практикуется слѣдующій оригинальный способъ очищенія квартиры: собственникъ послѣдней, съ цѣлью принудить квартиранта оставить помѣщеніе, снимаетъ окна, двери, а иногда и самую крышу, при чемъ это дѣлается обыкновенно въ присутствіи судебнаго пристава [1]). Преступность такихъ дѣйствій по французскому праву несомнѣнна; они подходятъ подъ категорію угрозъ, что касается вины хозяина квартиры (арт. 305—308), и подъ категорію злоупотребленій властью, что касается отвѣтственности судебнаго пристава (арт. 184, 186); тѣмъ не менѣе, какъ дозволенныя мѣстными обычаями, они въ пространствѣ дѣйствія послѣднихъ правомѣрны. Далѣе, въ Нормандіи, въ округѣ судовъ гор. Руана и Дуэ, мы встрѣчаемъ весьма интересную коллизію дѣйствующаго уложенія съ декретомъ національнаго правительства 27 Ноября 1870 г., который, какъ не обнародованный въ законномъ порядкѣ, вообще признается недѣйствительнымъ. Названный декретъ, рядомъ съ другими поправками законоположеній, между прочимъ, измѣняетъ санкцію арт. 401 и 463, согласно которымъ лица, виновные въ похищеніяхъ чужаго имущества, не предусмотрѣнныхъ въ особыхъ статьяхъ, при наличности уменьшающихъ вину обстоятельствъ подлежатъ тюремному заключенію не ниже 6 дней и штрафу не ниже 16 франковъ. Къ числу этихъ похищеній принадлежитъ и присвоеніе найденныхъ вещей какой бы то ни было цѣнности, такъ-что утайка напр. найденной булавки въ 50 сант. не можетъ быть наказана менѣе приведенныхъ каръ. Декретъ 27 Ноября 1870 г.,

---

[1]) Victor Fons, Usages locaux, стр. 168—169; Limon, Usages locaux, стр. 180—181.

Digitized by Google

находя эти кары несоразмѣрно строгими, предоставляетъ суду право не только понижать указанный въ 463 ст. minimum наказанія, но и назначать одинъ денежный штрафъ ниже 16 франковъ [1]). Примѣненіе этого недѣйствительнаго декрета только въ округѣ двухъ названныхъ судовъ можно объяснить лишь вліяніемъ мѣстнаго обычнаго права, съ воззрѣніями котораго разумное положеніе декрета, вѣроятно, совпало; мы говоримъ — разумное потому, что однако цѣлесообразно карать тюрьмой того, кто, найдя булавку въ 50 сант. цѣною, ее быть можетъ, по легкомыслію присвоитъ; въ этомъ случаѣ часто совершенно достаточно штрафа для наказанія виновнаго [2]). Вліянію обычая можно приписать и наказаніе дуэли. Послѣдняя, какъ извѣстно, не предусмотрѣна въ французскомъ уложеніи, слѣдовательно по общимъ правиламъ толкованія она наказанію подлежать не должна; такого именно мнѣнія и держался Кассац. Судъ съ 1819 т. по 1837 г.; съ этого же года онъ принялъ другое толкованіе, признающее дуэль однимъ изъ видовъ убійства или поврежденія здоровья, подлежащимъ наказаніямъ, положеннымъ за эти преступленія. Это толкованіе, совершенно неправильное не только по формѣ, но и по существу, ибо дуэль есть delictum sui generis, надо думать, принято Кассац. Судомъ не безъ давленія общественныхъ правовоззрѣній, не мирившихся съ полной безнаказанностью дуэлей [3]).

Что касается, наконецъ, дѣйствія обычаевъ во французскомъ уголовномъ правѣ, какъ desuetude, то эта роль послѣднихъ особенно значительна. По завѣренію судьи Limon, весьма многія изъ правонарушеній, предусматриваемыхъ уголовнымъ уложеніемъ и спеціальными законами, покрыты, какъ таковыя, въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ забвеніемъ вслѣдствіе строгости положенной репрессіи и вообще противодѣйствія послѣдней мѣстныхъ обычаевъ. Таковы,

[1]) Casati, Observations pratiques, стр. 4—8; см. также Blanche, Études, V, №№ 466—469.

[2]) Casati, ibid.

[3]) Hélie, Théorie, т. III, стр. 474—520.

Digitized by Google

напр., несоблюденіе предписанія касательно веденія списковъ лицъ, останавливающихся въ гостинницахъ, въ постоялыхъ дворахъ или въ меблированныхъ комнатахъ (арт. 475, № 2), устройство и веденіе азартныхъ игръ (арт. 475, № 5, арт. 477 и 478), занятіе профановъ врачеваніемъ (арт. 471, № 15 и администр. распор. 1824 и 1848 гг.), привычка нищества (арт. 275) [1]), привычка пьянства (законъ 23 Января 1873 г.), кормленіе и выпивка въ гостинницахъ и трактирахъ при завѣдомой невозможности уплаты (арт. 401, 2-я ч.) [2]) и т. д.

Обращаясь теперь къ русскому праву, мы укажемъ для краткости только на полевые проступки, предъусматриваемые уст. о нак. въ ст. 145—168. Эти проступки, объемлющіе разные виды полевыхъ нарушеній, уст. о нак., вслѣдъ за прежнимъ законодательствомъ, въ отличіе отъ похищеній имущества въ тѣсномъ смыслѣ, выдѣляются въ особую группу подъ именемъ „самовольнаго пользованія чужимъ имуществомъ и поврежденіи онаго". Что же, спрашивается, послужило основаніемъ такого выдѣленія? Главнымъ образомъ, особенности народныхъ взглядовъ на эти проступки, другими словами—соображенія, почерпнутыя изъ обычнаго права. Народное правосознаніе до сихъ поръ проводитъ довольно рѣзкую черту между посягательствами на оккупированныя произведенія почвы и неоккупированныя, относясь весьма снисходительно къ посягательствамъ втораго рода, какъ направленнымъ на даръ божій, на предметы, въ созданіи которыхъ принимаетъ широкое участіе сама природа. Похищеніе продуктовъ поля, связанныхъ съ почвою, часто вовсе не клеймится народомъ именемъ кражи, а считается обыкновенно не важнымъ проступкомъ, которому усвоивается иное названіе, а иногда и совершенно дозволительнымъ дѣяніемъ. Вотъ это-то народное правовоззрѣніе и заставило законодателя, во 1-хъ, опредѣлить за полевыя нарушенія болѣе мягкія

---

[1]) Limon, ibid, стр. 427—430.
[2]) Casati, ibid, стр. 10—11.

Digitized by Google

наказанія, чѣмъ какія положены за похищеніе чужаго имущества, во 2-хъ — измѣнить самую классификацію, принявъ для нихъ менѣе позорный терминъ. [1]). Понятно, что при такой роли народныхъ правовоззрѣній и самый составъ полевыхъ нарушеній не могъ остаться безъ ихъ вліянія, и дѣйствительно послѣднее должно было возникнуть уже въ силу крайней неопредѣленности и туманности текста нѣкоторыхъ статей, какъ напр. 145. Эта неопредѣленность, касающаяся какъ самыхъ объектовъ преступленія, такъ и способовъ его совершенія, правильно можетъ быть восполнена только указаніями обычнаго права, пренебреженіе которыхъ иногда приводитъ Сенатъ къ несообразнымъ рѣшеніямъ [2]). Послѣднее тѣмъ болѣе непростительно со стороны Сената, что редакторы уст. о наказ. въ мотивахъ къ 145 ст. сами указываютъ на важное значеніе при опредѣленіи полевыхъ нарушеній *потребностей* и *понятій народа*, отъ указаній которыхъ зависитъ и дальнѣйшее развитіе ихъ видовъ [3]). Впрочемъ, иныя изъ рѣшеній Сената, напр. тѣ, гдѣ онъ кругъ объектовъ 145 ст. ограничиваетъ неснятыми произведеніями почвы, т. е. неотдѣленными отъ своего естественнаго родника ([69]/196, Сергіевскаго; [69]/376, Тонильскаго), несомнѣнно подсказаны знакомствомъ съ обычными правовоззрѣніями. На сколько вліяніе послѣднихъ велико, лучше всего видно изъ того, что и редакторы проэкта новаго уложенія положили ихъ въ основаніе своихъ положеній о полевыхъ нарушеніяхъ; принятую ими особенную классификацію данныхъ нарушеній и ихъ снисходительную, сравнительно съ похищеніемъ чужаго имущества, наказуемость они прямо мотивируютъ особенностями народныхъ правовоззрѣній, которыми большею частью и опредѣляютъ ихъ составъ [4]).

---

[1]) См. мое изслѣд. „О воровствѣ—кражѣ", вып. II, стр. 168—178; также Проэктъ имущ. посягательствъ, стр. 395, 430.

[2]) Тамъ-же, а также Проэктъ имущественныхъ посягательствъ, стр. 431—432.

[3]) См. излож. этихъ мотивовъ у Таганцева, уст. о нак., примѣч. къ 145 ст.

[4]) Проэктъ, стр. 388—433. Уклоненіе отъ народныхъ правовоззрѣній

Digitized by Google

III.

Положеніе поставленнаго вопроса въ литературѣ.

Высказанныя нами положенія объ обычаѣ, какъ источникѣ уголовнаго права, далеко не представляются общепринятыми въ литературѣ. Большинство криминилистовъ отрицаетъ творческую роль въ уголовномъ правѣ всякаго иного источника, кромѣ закона, при чемъ нѣкоторые изъ нихъ находятъ, что обычай не можетъ ни отмѣнить дѣйствія уголовнаго закона, но пополнить его пробѣлы [1]). Что же, спрашивается, служитъ основаніемъ для такого ученія? Это основаніе заключается, во 1-хъ, въ положеніи—nullum crimen sine lege, занесенномъ на страницы всѣхъ новыхъ кодексовъ, во 2-хъ—въ убѣжденіи, что законодатель всегда своевременно обновляетъ и пополняетъ уголовныя нормы. Но оба эти

приводитъ Редакторовъ проекта, какъ и Сенатъ, къ несообразностямъ; такъ, устанавливая различіе между похищеніемъ и самовольнымъ пользованіемъ произрастеній почвы по цѣлямъ дѣйствія, Редакторы проекта противопоставляютъ продажу или сбытъ произведеній *немедленному* ихъ употребленію, при чемъ это послѣднее принимаютъ и тогда, когда виновный употребитъ произведенія почвы не сразу, а черезъ мѣсяцъ, черезъ 2 мѣсяца и т. д. (стр. 483). Очевидно, что такое искуственное различіе цѣлей не въ духѣ народа; послѣдній дѣйствительно противопоставляетъ цѣли, но иного рода: съ одной стороны, немедленное удовлетвореніе потребности, а съ другой—обогащеніе, когда виновный беретъ болѣе, чѣмъ сколько нужно для временнаго удовлетворенія, когда онъ запасается мѣшкомъ, корзиной, телѣгой и т. п. (См. О воровствѣ—кражѣ, II, стр. 174—178).

[1]) См. Köstlin, System des deutschen Strafrechts, 1855 г., стр. 1-32; Halschner, Das Gemeine deutsche Strafrecht, 1881 г., I, стр. 85; Geib, Lehrbuch, II, стр. 15; Hugo Meyer, Lehrbuch, 4 изд., 139; Stürm, Recht und Rechtsquellen, стр. 130 и слѣд.; Liszt, Lehrbuch, 80—81; Ortolan, Éléments de droit pénal, 1875 г. т. 1-й, стр. 77, 248—251; Garraud, Précis de droit criminel, 1881 г., стр. 35—38. Противоположное мнѣніе защищаютъ только Бернеръ, Биндингъ, Шютце, Колеръ, Муромцевъ, Коркуновъ (см. вышеуказ. н. мѣста); Листъ же впадаетъ въ противорѣчіе: отвергнувъ на стр. 81 правопроизводящую роль обычая, онъ на 82 стр., какъ мы видѣли, находитъ, что въ случаѣ умышленно оставляемой законодателемъ неполноты закона наука и судебная практика пріобрѣтаютъ творческое значеніе.

Digitized by Google

довода не убѣдительны. Несостоятельность перваго мы уже показали; здѣсь замѣтимъ только, что отрицаніе творческой роли обычая на основаніи положенія—nullum crimen sine lege есть слѣдствіе черезчуръ формальнаго пониманія послѣдняго; криминалисты направляютъ все свое вниманіе на тѣ внѣшнія ограниченія, которыя устанавливаются этимъ положеніемъ, не углубляясь въ положительную сферу, въ фактическое содержаніе уголовнаго права. Ближайшее же изученіе этой сферы показало бы, что дѣйствіе обычая названной формулой не устраняется, а лишь вводится въ извѣстныя границы. Что же касается втораго довода, то онъ есть не болѣе какъ фикція, не подтверждаемая дѣйствительностью. Обыкновенно этотъ доводъ мотивируется слѣдующимъ образомъ. Современное уголовное законодательство, говоритъ Листъ, исходитъ изъ предположенія своей полноты и на этомъ основываетъ свою исключительность. Обычай могъ бы, замѣчаетъ Sturm, пріобрѣсть творческую силу лишь тогда, если бы право не нормировалось своевременно закономъ, но такое положеніе теперь не возможно, ибо законъ въ наше просвѣщенное время не можетъ стать въ противорѣчіе съ историческимъ прогрессомъ; къ устраненію этого противорѣчія, къ успѣшной правопроизводящей дѣятельности принуждаетъ законодателя тоже нравственное-соціальное стремленіе впередъ, которое живетъ въ немъ, какъ и въ природѣ каждаго человѣка [1]). Дѣйствительность не подтверждаетъ этихъ предположеній. Мы видимъ, что реформа уголовныхъ законовъ, особенно систематическая переработка ихъ въ формѣ уложеній, предпринимается черезъ болѣе или менѣе значительные промежутки времени, въ теченіи которыхъ многія прежнія нормы успѣваютъ потерять свой жизненный смыслъ и смѣниться новыми. Нерѣдко законодатель чувствуетъ полное несоотвѣтствіе, полную противоположность отдѣльныхъ законныхъ нормъ съ современными общественными правовоззрѣніями и тѣмъ не менѣе принужденъ бываетъ отложить на неопредѣленное время ихъ

[1]) Liszt, ib., 80; Sturm, ib., 133—134.

Digitized by Google

реформу потому, что для этого необходимъ пересмотръ цѣлой системы нормъ, цѣлыхъ институтовъ, требующій трудной и продолжительной переработки законовъ въ формѣ кодификаціи.

Особенное положеніе занимаетъ доводъ, приводимый г. Таганцевымъ въ защиту господствующей доктрины. Послѣдній не отрицаетъ возможности образованія обычнаго права въ наше время; напротивъ, онъ прямо заявляетъ, что обычно-правовыя нормы могутъ жить и развиваться рядомъ съ законодательными нормами и при томъ въ двухъ формахъ — въ формѣ народно-обычнаго права, проявляющагося въ конклюдентныхъ дѣйствіяхъ, и въ формѣ судебно-обычнаго права, письменно запечатлѣваемаго въ судебныхъ рѣшеніяхъ, но думаетъ, что такія обычно-правовыя нормы не могутъ быть правовыми нормами въ строго-юридическомъ смыслѣ, т. е. въ смыслѣ велѣній авторитетной воли, которыя должны быть соблюдаемы подъ угрозою наказанія [1]). Несостоятельность этого довода видна изъ самопротиворѣчія автора. Если обычно-правовыя нормы живутъ и развиваются рядомъ съ закономъ, то они, очевидно, пользуются извѣстнымъ авторитетомъ и если этотъ авторитетъ слабѣе авторитета закона, то отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы нормы обычнаго права не были нормами въ юридическомъ смыслѣ; различіе здѣсь только количественное, но не качественное. Эта послѣдняя мысль въ сущности сквозитъ и въ окончательномъ выводѣ автора, раздѣляемомъ и нѣкоторыми другими криминалистами, что обычно-правовымъ нормамъ въ современномъ правѣ принадлежитъ второстепенное, субсидіарное значеніе, т. е. противоположное господствующей роли закона [2]).

---

[1]) Лекціи, §§ 86—88.

[2]) Лекціи, стр. 107; см. также Спасовичъ, Учебникъ, стр. 68—69.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google